

UN EJEMPLO DE FUNCIONAMIENTO DE LA “PREEMPTION” NORTEAMERICANA: LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN

Francisco Velasco Caballero

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. – II. Sobre la *preemption*. – 1. Competencia federal y *preemption*. – 2. Competencias estatales *versus preemption*. – 3. Interpretación moderadamente restrictiva de la *preemption*. – 4. Eficacia de la *preemption*. – 5. Normas municipales. – 6. Los tests de *preemption*. – III. – Los tests de *preemption* en el federalismo de inmigración. – 1. *Constitutional preemption*. – 2. *Field preemption*. – A) *Preemption* expresa. – B) *Preemption* implícita. – 3. *Conflict preemption*. – IV. Conclusión final.

I. Introducción

1. A lo largo de 2010 la política y el derecho norteamericanos se han ocupado, ampliamente, de la inmigración creciente al país. Sobre todo, de la inmigración ilegal procedente de México. El centro del debate ha sido una ley aprobada por la Cámara Legislativa de Arizona, que, entre otras cosas, autoriza la comprobación policial (estatal o municipal) del estatus migratorio de quienes son detenidos o rete-

El presente estudio se ha elaborado fundamentalmente en el *Great Cities Institute* de la Universidad de Illinois (Chicago).

En las citas del texto se ha respetado íntegramente el sistema de identificación de las sentencias usual en EE. UU., a fin de facilitar su localización en la web. En el texto, la identificación de las sentencias de instancia no es uniforme, dependiendo de si se citan por su publicación seriada o por el texto notificado de la sentencia (frecuentemente más fácilmente accesible en Internet que la primera). Las citas de artículos y libros estadounidenses se ha adaptado a un formato más usual en España. Las citas del texto únicamente ofrecen datos complementarios o justificativos de lo expuesto en el texto principal, por lo que su lectura no es imprescindible para la comprensión completa del texto principal.

nidos por cualquier otra razón.¹ Las organizaciones latinoamericanas del país han visto en esta ley una política de persecución de los inmigrantes indocumentados (de origen hispano) y el posible fin de los llamados *santuarios*; esto es, de estados y ciudades que, conforme a sus propias leyes u ordenanzas, ni persiguen a los inmigrantes irregulares ni colaboran con el gobierno federal en su persecución.² Los perfiles políticos de la cuestión son múltiples, y de mucha trascendencia. Baste mencionar la relevancia del voto hispano en la elección de muchos cargos políticos demócratas. Desde el presidente del país hasta gobernadores de estados y alcaldes de numerosas ciudades (como, por ejemplo, Chicago). Este debate político estadounidense ha tenido cierto seguimiento, incluso, en España. Aquí, en general, se ha critica-

1. La nueva redacción del artículo [section] 2(B) de la ley establece que: "En caso de simple detención o arresto policial realizados por agentes del estado, condados, ciudades, comarcas o cualquier otro gobierno local, con motivo de la aplicación de cualesquiera leyes u ordenanzas municipales, condales o estatales, y siempre que exista sospecha razonable de que la persona retenida es un extranjero en situación ilegal en los Estados Unidos, los agentes policiales intentarán, en la medida de lo posible, determinar el estatuto migratorio del retenido antes de su puesta en libertad. El estatuto legal del extranjero será verificado conforme a lo establecido en el artículo 1373 (c) del apartado 8 del Código de los Estados Unidos (...)". En rigor, esta norma no autoriza directamente el requerimiento de identificación de la policía estatal por simples razones de inmigración (esto es, por la simple sospecha de que una persona es un inmigrante ilegal), por lo que sigue rigiendo la regla general de que un requerimiento policial de identidad (y más aún una detención) solo se puede producir en el curso de una investigación policial por un delito o infracción previos. Ahora bien, al permitirse la verificación del estatuto migratorio del ya detenido, claramente se facilita que, en la práctica, se inviertan las razones de la detención: que bajo la invocación formal de una investigación policial en marcha (por razones distintas de la extranjería) en realidad se exija la identificación (y posteriormente se detenga) a quienes por elementos subjetivos externos (como la raza, etnia o idioma) pudieran parecer inmigrantes ilegales. Esto supondría un gravamen considerable sobre aquellas personas que, más allá del idioma o su apariencia externa, son ciudadanos norteamericanos o disfrutan de permisos de residencia o estancia en el país.

2. Por ejemplo, en la ciudad de San Francisco rige una ordenanza que prohíbe expresamente "el uso de cualesquiera recursos o fondos de la ciudad para colaborar en la ejecución de las leyes federales de inmigración, o la recogida y remisión de información relativa al estatuto migratorio de las personas en la ciudad..." (San Francisco, California, Administrative Code § 12H.2 [2007]; en la web: <http://www.sfgsa.org/index.aspx?page=1069#sec12h2>). En relación con la ciudad de Chicago y el estado de Illinois: A. Pallarés, "The Chicago Context", A. Pallarés y N. Flores-González, *¡Marcha! Latino Chicago and the Immigrant Rights Movement*, Chicago, University of Illinois Press, 2010, p. 37 y ss (p. 43). Otros ejemplos, O. F. Kittrie, "Federalism, Deportation, and Crime Victims Afraid to Call the Police", *Iowa Law Review*, núm. 91 (2006), p. 1449 y ss (p. 1466 a 1475). Más información sobre la protección local de los inmigrantes ilegales, C. M. Rodríguez, "The significance of the Local in Immigration Regulation", *Michigan Law Review*, núm. 567 (2008), p. 600 y ss.

do impulsivamente la Ley de Arizona. Incluso algunas autoridades políticas españolas se han apresurado a afirmar que la situación de Arizona nada tiene que ver con la de España.³ Se trata de juicios algo inexactos, pues, leída con detenimiento, la Ley de Arizona autoriza actuaciones policiales perfectamente posibles en España conforme a los artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Recuérdese, además, que la STC 13/2001 ya estableció, en una jurisprudencia aún no rectificada, que no es irrazonable (ni ilícito) que un agente de policía requiera la identificación de una persona por el simple color de su piel. Esta jurisprudencia le ha valido a España una contundente condena –no anulatoria– del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.⁴

2. El gobierno de Arizona defiende la ley por la ineficacia del gobierno federal para controlar la inmigración irregular. El Estado de Arizona no cuestiona que el Congreso norteamericano pueda regular la inmigración, y especialmente la persecución de la inmigración ilegal. Lo que afirma es que ese es un problema importante en aquel Estado (fronterizo con México) y que, ante la inoperancia del gobierno federal, el gobierno estatal está obligado a dar una respuesta a sus ciudadanos.⁵ En esta descripción se apunta ya una de las notas características de la cuestión. Que el Estado de Arizona *no niega la autoridad* (competencia) de la Federación para afirmar la propia. De hecho, el propio concepto de *autoridad* (competencia) es residual en todo este debate. Lo que se afirma es, sobre todo, la *justificación política* de la iniciativa legal de Arizona. No hay aquí, como diríamos en términos de Derecho público español, una *vindicatio potestatis*, sino la decisión política (estatal) de atajar problemas no resueltos por el

3. Véase el diario *El País* de 3 de junio de 2010.

4. Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 27 de julio de 2009 (comunicación núm. 14931/2006). Publicado en español en el *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2093, p. 2317 y ss.

5. Tres años antes, la Cámara de Representantes de Arizona también había aprobado una ley para un control de la inmigración ilegal incipiente. En aquella ocasión, la gobernadora del Estado, Janet Napolitano, acompañó la iniciativa legal de una carta explicativa (dirigida al *speaker* de la Cámara, en la que textualmente decía que: “la inmigración es una responsabilidad federal, pero he firmado el Proyecto de Ley 2779 porque en la actualidad está claro que el Congreso se ve incapaz de abordar una reforma integral de la inmigración como la que necesita nuestro país [...]. Debido a la falta de actuación del Congreso, estados como el de Arizona no tienen otra opción que adoptar medidas contundentes para desincentivar el flujo de inmigrantes ilegales a través de la frontera”. Los argumentos políticos actuales, en 2010, son muy similares.

gobierno federal. La respuesta del gobierno federal ha sido doble: de un lado, el ejecutivo del presidente Obama ha *impugnado* la Ley de Arizona ante un tribunal federal, por considerar que infringe el Derecho federal,⁶ recurso que previsiblemente será estimado.⁷ Pero, por otro lado, el mismo presidente Obama ha anunciado una *nueva iniciativa legislativa* en materia de inmigración. Lo central en el discurso político del presidente no es tanto el respeto a las competencias federales sobre inmigración como la necesidad de un nuevo orden federal para la inmigración.

3. Como se ve, la Ley de Arizona ha reactivado el debate federal en los Estados Unidos. En términos políticos y jurídicos. En la doctrina se habla ya abiertamente del “federalismo de inmigración”,⁸ expresión con la que se quiere expresar que el gobierno de la inmigración no es asunto solo del Congreso de los Estados Unidos, sino una materia donde también están presentes los estados y los gobiernos locales. Una nota peculiar de este “federalismo de inmigración”, aún *in fieri*, es que no va necesariamente vinculado al ideario político conservador (y, por tanto, a la defensa de la soberanía de los estados como forma de evitar la intromisión federal en los negocios y las propiedades de los ciudadanos). De manera que, como excepción, en materia de inmigración también los “liberales” pueden ser federalistas.

4. Como es lógico, el debate norteamericano no encaja en los términos en los que normalmente se trabaría este tipo de debates en España; esto es, como una cuestión eminentemente jurídico-formal basada en la *titularidad de una competencia constitucional* (probablemente, la de inmigración, o la de seguridad). En Estados Unidos las claves del debate son algo distintas. Primero, el planteamiento *políti-*

6. El recurso interpuesto por el fiscal general federal, en: <http://www.legalactioncenter.org/sites/default/files/docs/lac/Complaint-USA-v-Arizona.pdf>. El proceso se sigue ante el Tribunal Federal para el Distrito de Arizona.

7. Por orden de 28 de julio de 2010, la juez S.R. Bolton ha acordado la suspensión cautelar de los preceptos más conflictivos de la Ley de Arizona (el texto completo de la preliminary injunction en: <http://www.azcentral.com/ic/pdf/0729sb1070-bolton-ruling.pdf>). A la vista de la argumentación extensa y concluyente del auto, resulta previsible que finalmente el tribunal considere que una parte de la Ley de Arizona es contraria al Derecho federal.

8. La autoría de esta expresión nueva es de H. Motmura, “Federalism, International Human Rights, and Immigration Exceptionalism”, *University of Colorado Law Review*, núm. 70, 1999, p. 1361 y ss. Véase también: P. J. Spiro, “Learning to Live with Immigration Federalism”, *Connecticut Law Review*, núm. 29, 1997, p. 1627 y ss.

co predomina sobre el jurídico. Así se explica que Arizona no cuestione la “autoridad” federal para regular la cuestión y, más, actúe como impulsor de una reforma legal general. De otro lado, la categoría constitucional que centra el debate no es la de “competencia”, sino la de *preemption* (preención o “bloqueo” del poder legislativo de los estados).⁹ Dicho ahora de manera preliminar, se trata de saber si el actual Derecho federal (la Constitución y las leyes federales) *bloquean u obturan* –y en qué medida– el poder de los estados para aprobar leyes sobre las condiciones de vida de los inmigrantes. La cuestión capital no es si el Congreso o los estados son competentes para legislar sobre inmigración sino, más bien, en qué medida el Derecho federal ha regulado o se ha reservado la materia de inmigración con tal extensión e intensidad que no queda ya margen para las leyes estatales. La cuestión es, entonces, de *preemption*, no de *titularidad* de competencias sobre inmigración: se trata de saber si, en materia migratoria, ha quedado espacio para que los estados ejerzan su poder legislativo originario. Sentada esta premisa metodológica, el debate jurídico se centra en analizar el Derecho federal (la Constitución y las leyes federales) para determinar si ese Derecho ha dejado algún espacio de regulación sin ocupar (y, por tanto, disponible para los estados). Esta pregunta se contesta a través del “test de *preemption*”, ya formalizado en la jurisprudencia: los tribunales se preguntan, en primer lugar, si la Constitución norteamericana ha reservado toda la regulación de la inmigración a favor del Congreso; y, en el caso de que no exista esa reserva absoluta, la segunda pregunta es si, de hecho, las leyes federales sobre inmigración han cerrado todo espacio posible a las leyes estatales.

II. Sobre la *preemption*

5. La denominada *preemption* es una descripción simplificada del contenido normativo del artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos, que literalmente reza: “La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, así como

9. Véase: G. G. Chien, C. B. Hessick, T. Massaro, J. E. Rogers, y M. L. Miller, “A Preliminary Report on Legal Issues Raised by Arizona’s New Statute Regulating Immigration”, *Arizona Legal Studies*. Discussion Paper Núm. 10. Arizona Senate Bill 1070 (junio 2010). Acceso electrónico: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1650682_code575020.pdf?abstractid=1617440&mirid=1 (última consulta, 6 de agosto de 2010).

los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, son el Derecho supremo del país; vincula a los jueces de los diferentes estados y en ninguna forma podrá resultar afectado por las constituciones o las leyes de los estados".¹⁰ Desde 1819, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha interpretado que, conforme al artículo VI.2 de la Constitución, las leyes estatales "quedan sin efecto" cuando entran en conflicto con el Derecho federal.¹¹ Más allá de esta descripción elemental, son varias las precisiones necesarias para entender el verdadero alcance y sentido de la *preemption*.¹² Sobre todo, porque un poder tan intenso del Congreso, tomado de forma descontextualizada, no da fiel cuenta de la más compleja estructura federal de los Estados Unidos.

6. En términos comparados advierto ya, de entrada, que la *preemption* federal norteamericana poco tiene que ver con la *prevalencia* del Derecho estatal a la que se refiere el artículo 149.3 CE.¹³ Como en seguida se verá, la *preemption* no es solo una técnica de resolución de conflictos al servicio de un sistema constitucional acabado de distribución de competencias (entre la federación y los estados). La *preemption* es, también, una técnica de *distribución* territorial de poder.¹⁴ Más en general, la *preemption* solo tiene verdadero sen-

10. Traducción del autor. El significado histórico de esta cláusula, en el momento fundacional de EE. UU., C. B. Nelson, "Preemption", *Virginia Law Review*, núm. 86, 2000, p. 225 y ss. (p. 248).

11. *M'Culloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 427 (1819).

12. Empiécese con las precisiones imprescindibles de I. Borrajo Inieta, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de los EE. UU.*, Madrid, INAP, 1986, en especial p. 103 a 112.

13. En este sentido: S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. II, Madrid, Iustel, 2006, p. 274 §§ 885 a 887.

14. En esta afirmación se podría encontrar un cierto disenso respecto de la explicación de la "preención" por parte de I. Borrajo (en *Federalismo y unidad económica*, cit., p. 110). Este autor considera la "preención" norteamericana como una técnica de resolución de conflictos normativos (entre leyes federales y estatales), y no contempla la comprensión de la cláusula de supremacía como una norma distributiva de competencias. Sin cuestionar la corrección de este planteamiento (que asumo), lo cierto es que en los últimos años (y concretamente en materia de inmigración) se va extendiendo el uso del término *preemption* de una forma amplia, para designar, en general, los supuestos en que el Derecho federal (la Constitución o las leyes federales) bloquean o desplazan el poder legislativo de los estados. Por eso se habla, con frecuencia, de *constitutional preemption* junto a la *statutory preemption*. En el caso de la *constitutional preemption* estaríamos afirmando que la cláusula de supremacía (artículo VI.2 de la Constitución) ha dispuesto que donde hay reserva constitucional de competencia

tido en el contexto concreto del sistema constitucional norteamericano.¹⁵ Por eso, no es posible una comparación analítica con la prevalencia española, pues aquí los contextos (el federal o el autonómico español) lo son todo. Esta advertencia la llevo incluso al lenguaje. En mi opinión, la realidad constitucional de la *preemption* norteamericana no se expresa plenamente con el término español de prevalencia. Entre nosotros, se da un uso convencional del término *prevalencia* para expresar la preferencia aplicativa, primacía o “mayor valor” de una norma (respecto de otra). Pero, como luego se verá, la *preemption* norteamericana es algo más. No solo predica el “mayor valor” de una norma (federal) respecto de otra (estatal) sino también el poder del gobierno federal para impedir que un estado ejercite, en una determinada materia, su poder soberano. Esto es: la *preemption* no solo indica “preferencia”, “preeminencia”, “primacía” o “mayor valor” de una norma (respecto de otra) sino incluso “bloqueo” absoluto del poder normativo de los estados. Por eso, en este trabajo he preferido traducir el término inglés *preemption* por el castellano, quizá poco académico, de “bloqueo”. Es cierto que la traducción más natural del término *preemption*, en español, sería “preención”, pero llamo la atención sobre la falta de una forma verbal al uso para la misma raíz del sustantivo y sobre el hecho de que “preención”, en España, se utiliza con el significado de desplazamiento de una norma (a manos de otra superior), siendo así que en este estudio también quiero afirmar que la *preemption* norteamericana no solo es una regla de conflicto (entre normas existentes) sino también la obturación o bloqueo del poder legislativo estatal.

7. En seguida se van a precisar algunas notas definitorias de la *preemption*. Pero antes hay que insistir en la *esencia federal* de los Estados Unidos, esto es, en el protagonismo o primariedad de los estados respecto del gobierno federal. Es cierto que, durante décadas, el Tribunal Supremo norteamericano ha consentido la expansión del gobierno federal (a costa de los estados), pero también es cierto que ese crecimiento federal no ha sido absoluto. Es más, desde finales de la década de 1970 y, sobre todo, a lo largo de la presi-

(a favor del Congreso) el poder legislativo de los estados ha quedado bloqueado o transitoriamente eliminado.

15. Esta contextualización, L. Parejo Alfonso, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 15 a 40.

dencia de Rehnquist, el Tribunal Supremo ha recorrido el camino de vuelta hacia la soberanía de los estados.¹⁶ Es posible que, con la actual presidencia de Roberts, la corriente proestatal se desacelere,¹⁷ al menos en lo que se refiere a la interpretación restrictiva de la cláusula de comercio.¹⁸ Y ello puede ocurrir, incluso, con el apoyo de la nueva magistrada “liberal” Kagan (pues es sabido que las corrientes políticas dentro del Tribunal –conservadores *versus* liberales– poco dicen sobre el equilibrio federación *versus* estados). En todo caso, y esto es lo relevante para este estudio, las categorías del federalismo norteamericano son tendencialmente estables. La soberanía de los estados, la universalidad de sus fines, sus “inmunidades”, son todas ellas categorías analíticas centrales y estables del federalismo norteamericano. Permanecen en el tiempo, aunque unas veces se escriban con minúsculas y otras con mayúsculas. La *preemption* federal es una pieza de ese sistema. Una pieza capital y central, sin duda, pero una pieza más que solo se puede entender plenamente a partir de la *primariedad de los estados* en el sistema constitucional norteamericano. Esta primariedad no es solo formal, sino real y consentida, lo que permite hablar de una *cultura política federal* que acompaña al sistema constitucional. Que el subsidio de desempleo tenga duración distinta en los diferentes estados, que unos apliquen pena de muerte (y otros no), que la responsabilidad por daños varíe de estado a estado, que los homosexuales puedan contraer matrimonio en unos estados (y en otros no), que las normas de circulación cambien de un estado a otro (en cuestiones tan relevantes como los máximos de velocidad permitidos), o que el uso de las armas de fuego difiera en los cincuenta estados son expresiones de una cultura federal en la que necesariamente ha de entenderse la –ciertamente incisiva– “cláusula de supremacía” de la Constitución federal. De manera que en el contexto fe-

16. D. L. Dornberg, *Sovereign Immunity of the Rule of Law: The New Federalism's Choice*, Durham, North Carolina Academic Press 2005, p. 129 y ss. Una publicación parcial (seleccionada) del libro, L. J. O'Toole, *American Intergovernmental Relations*, Washington D. C., CQ Press, 4.ª edición, 2007, p. 143 y ss. También: E. A. Young, “The Rehnquist Court's Two Federalisms”, *Texas Law Review*, núm. 83 (2004), p. 1 y ss.

17. Véase, D. Schweitzer, “Federalism in the Roberts Court”, *National Association of Attorneys General Gazette*, vol. 1, núm. 2 (2007). En: http://www.naag.org/federalism_in_the_roberts_court.php (última consulta: 9 de agosto de 2010).

18. Véase en este sentido ya: J. C. Eastman, “The Roberts Court and Federalism. Minutes from a Convention of the Federalist Society”, *Journal of Law and Liberty*, University of New York, 2009, p. 330 y ss (p. 341). El caso indicativo de una interpretación menos restrictiva de la cláusula de comercio se concreta en *Rapanos v. United States*, 547 U.S. 715 (2006).

deral norteamericano, tanto jurídico como político, la “cláusula de superioridad” federal no supone –ni históricamente ni en la actualidad– el vaciamiento de la soberanía de los estados. Aunque parezca una paradoja: el fabuloso poder que expresa la “cláusula de superioridad” federal es compatible con amplias esferas de poder estatal real. Luego veremos por qué.

8. La compatibilidad entre *preemption* federal y primariedad legislativa de los estados se puede ilustrar con datos empíricos. Según estudios fiables, en toda la historia de los Estados Unidos el Congreso ha aprobado (hasta 2009) un total de 608 leyes sobre materias reguladas (o regulables) por los estados. Entre 2001 y 2008 (presidencias de George W. Bush) fueron 123 las leyes federales superpuestas a leyes estatales. En muchos casos se trata de leyes muy breves, con objetivos de desregulación de un determinado sector de actividad económica. Las 123 leyes mencionadas (en la presidencia de George W. Bush) se refieren a: lucha contra el terrorismo (18 leyes); banca, comercio, energía y finanzas (13 leyes); protección ambiental, salud y seguridad (37 leyes); comercio exterior y fiscalidad (13 leyes); propiedad intelectual (4 leyes); telecomunicaciones (7 leyes); transportes (3 leyes).¹⁹ Nótese que la mayoría abrumadora de leyes federales se refiere a actividades económicas o financieras. Y nótese también la ausencia de leyes civiles, laborales, sobre las administraciones públicas, sobre gobiernos locales, urbanísticas, o sobre educación (entre otras muchas). En consecuencia, por paradójico que pudiera parecer, la absoluta supremacía federal (la que dispone el artículo VI.2 de la Constitución) *no implica vaciamiento* de la autoridad soberana de los estados. La *preemption* federal es una pieza del más complejo sistema constitucional de equilibrio de poder entre el Congreso y los estados. En lo que sigue se van a exponer algunas notas características del sistema constitucional federal, notas que sirven precisamente para enmarcar y dar sentido al importante poder federal contenido en la *supremacy clause*.

1. Competencia federal y *preemption*

9. Es cuestión indiscutida que la *preemption* (resultante del artículo VI.2 de la Constitución federal) solo actúa allí donde el Congreso de

19. J. F., Zimmerman, “Trends in Congressional Preemption”, *The Book of the States 2009*, The Council of States Governments, p. 28 y ss (p. 30).

los Estados Unidos dispone de *autoridad* (competencia) conforme al propio artículo I de la Constitución.²⁰ Pese a su apariencia, esta exigencia constitucional elemental apenas sí actúa como contrapeso real al importante poder federal que supone la cláusula de superioridad (artículo VI.2 de la Constitución). Y ello porque los perfiles de la autoridad o competencia federal son más bien borrosos y extensibles. De ello es buen ejemplo la enorme expansión funcional de la federación a partir de la llamada “cláusula de comercio”, desde 1937.²¹ De hecho, se observa una evolución progresiva del sistema constitucional hacia la *conurrencia* funcional de los estados y la federación en una gran cantidad de materias. Por lo que respecta específicamente a la *inmigración*, se observa como, sin modificación constitucional alguna –y con el único apoyo de la jurisprudencia federal– se ha pasado del protagonismo de los estados hasta el *carácter casi excluyente de la legislación federal*. De manera que, al menos en materia de inmigración, el eje de las controversias no está en si el Congreso tiene autoridad (competencia) para legislar sino, más bien, en qué medida el Derecho federal efectivamente aprobado afecta al Derecho de los estados. O en qué medida los estados aún pueden dictar leyes sobre inmigración en paralelo al Congreso.

10. Por lo dicho, la clave del sistema no está tanto en si el Congreso dispone de autoridad o competencia (que difícilmente le niegan los tribunales) como en hasta dónde llega o puede llegar el bloqueo federal al poder legislativo de los estados.²² Si el bloqueo es absoluto (lo que impide toda ley estatal sobre la materia en cuestión) o si el bloqueo es relativo (lo que permite la convivencia de leyes estatales y federales). Esto es, aceptado que la federación puede regular una gran cantidad de materias, el equilibrio constitucional se centra en medir y valorar el sacrificio, en términos de poder, que la legislación federal supone para los estados. En suma, a efectos analíticos el eje del sistema se desplaza desde la *titularidad de competen-*

20. P. J. Cooper, *Public Law and Public Administration*, 4.ª ed., Thomson-Wadsworth, 2007, p. 403.

21. I. Borrajo, *Federalismo y unidad económica*, cit., p. 68. Más recientemente, T. de la Quadra-Salcedo Janini, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, p. 51.

22. Una opinión parcialmente en contra, o simplemente más matizada, A. Arroyo Gil, “Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, p. 407-435 (p. 421).

cias (que no actúa como categoría determinante) hacia el *nivel de limitación* que las leyes federales proyectan sobre el poder legislativo de los estados (*preemption*). Tenemos, por tanto, que la notoria aceptación jurisprudencial de la legislación federal en gran cantidad de materias (mucho mas allá de lo que habría hecho pensar el escueto texto constitucional) ha subvertido el orden de las preguntas. Ahora se trata de saber, sobre todo, en qué medida los estados están bloqueados por la federación (y no si el Congreso dispone de autoridad para regular una materia), siendo esta cuestión, en realidad, doble: en qué supuestos el bloqueo federal es absoluto (no cabe legislación alguna de los estados) y cuándo el bloque es relativo (los estados pueden legislar, pero no contradecir las leyes federales).

11. Para saber dónde hay *preemption* federal, y con qué alcance, hay que atender a dos tipos de normas: la Constitución y las leyes federales. Se habla entonces convencionalmente de dos tipos de *preemption*: *constitutional* y *statutory preemption*. Llamo aquí la atención sobre el hecho de que la exclusión absoluta de toda regulación estatal es una decisión no reservada a la Constitución, sino abierta al Congreso de EE.UU.

a) Cuando se habla de *constitutional preemption* se refiere a la idea de que solo la federación, y no los estados, pueden regular una materia. Aquí el *bloqueo federal es tendencialmente absoluto*. Incluso no existiendo ley federal alguna, los estados no pueden dictar leyes sobre la materia. Es lo más parecido, en términos comparados, a una competencia exclusiva. En estos casos se considera que es la propia Constitución federal (en el artículo I, a través de alguna enmienda, o por medio del catálogo de prohibiciones de regulación estatal del artículo 10), quien directamente ha atribuido autoridad y –simultáneamente– reservado en exclusiva al Congreso el poder para legislar en una materia. En estos casos, la Constitución habría impedido, de forma absoluta, toda legislación estatal. En tales materias, la reserva constitucional habría bloqueado (*preempted*) el poder legislativo que la Constitución de cada estado atribuye a sus propias cámaras parlamentarias. Ejemplo de *constitutional preemption* sería la propiedad industrial. Además, a las materias escasas expresamente reservadas por la Constitución al Congreso habría que sumar las que, con jurisprudencia creativa, el Tribunal Supremo ha ido identificando a partir de la idea central de que la forma federal de EE.UU. exige, ontológicamente, que ciertas funciones o materias correspondan reservadamente al gobierno federal, incluso sin mención expresa en la

Constitución. En este catálogo de materias reservadas se han incluido con frecuencia –aunque no de forma pacífica– las relaciones internacionales y las leyes migratorias.

b) En la segunda forma elemental de *preemption* (*statutory preemption*) resulta que la Constitución de EE.UU. *no ha reservado* una materia al gobierno federal. Simplemente ha permitido una regulación federal –no exclusiva– que, en caso de aprobarse, podría dejar sin efecto la legislación estatal (conforme a la “cláusula de superioridad” del artículo VI.2 de la Constitución), en el bien entendido, eso sí, de que es la propia ley federal la que decide en qué medida se impone o bloquea las leyes de los estados. Cabe, por tanto, que la propia ley federal opte por excluir de forma absoluta toda regular estatal o, por el contrario, por respetar o afectar solo parcialmente a las leyes de los estados (lo cual es frecuente en las denominadas “materias tradicionales” de los estados). En todos estos casos, detrás de la *statutory preemption* habría –con categorías analíticas comparadas– algo parecido a una competencia concurrente, esto es: la admisibilidad de que sobre una materia regulen dos organizaciones territoriales, con una regla de conflicto: en caso de contradicción se produce el desplazamiento de la norma inferior (la estatal o regional) a manos de la superior (la federal o central).

2. Competencias estatales *versus preemption*

12. La “cláusula de supremacía” federal, la del artículo VI.2 de la Constitución de EE.UU., solo toma pleno sentido si simultáneamente se afirma la *competencia tendencialmente universal de los estados*. Ya se exprese esa competencia con la fórmula tradicional de “poderes de policía” o con los términos más descriptivos –pero igualmente genéricos– de las constituciones estatales contemporáneas.²³ La soberanía de los estados, indiscutida en términos constitucionales, tiene como con-

23. Así, el Preámbulo de la vigente Constitución de Illinois, de 15 de diciembre de 1970: “Nosotros, el Pueblo del Estado de Illinois, agradecidos al Todopoderoso por las libertades civiles, políticas y religiosas que nos ha permitido disfrutar, y buscando su bendición en nuestros esfuerzos, con el fin de asegurar la salud, la seguridad y el bienestar del pueblo, mantener un gobierno legal y representativo, superar la pobreza y la desigualdad, garantizar la justicia legal, social y económica, proveer las oportunidades para el pleno desarrollo de las personas, garantizar la defensa colectiva, y asegurar el disfrute de la sagrada libertad, tanto hoy como en la posteridad, aprobamos y ordenamos la presente Constitución para el Estado de Illinois.”

secuencia lógica su autoridad para legislar, en principio, sobre cualquier materia que no esté reservada al Congreso (y ya he dicho antes que son muy escasas las materias expresamente reservadas por la Constitución al Congreso). Aunque aquella posible regulación estatal puede ceder o “quedar sin efecto” (*preempted*) por contradecir el Derecho federal (la Constitución federal o las leyes del Congreso). Así que, el poder de *preemption* es en su origen una compensación –a favor del Congreso– por el *protagonismo funcional de los estados*. La Constitución federal no pretende limitar la autoridad de los estados (que reconoce como soberana) sino asegurar la viabilidad de la federación asegurando la preeminencia de las leyes federales sobre las estatales. Por eso, la técnica de la *preemption* se desnaturaliza si se extrae de su contexto original y de su función de equilibrio (federal) ante la incuestionada competencia cuasi universal de los estados.

13. En los términos explicados hasta ahora, poca puede ser la comparación entre la *preemption* norteamericana y la “cláusula de prevalencia” española (artículo 149.3 CE). Porque el eje de nuestro sistema es la distribución acabada y completa de materias competenciales entre el Estado y las distintas comunidades autónomas.²⁴ Ese es el resultado del juego combinado de la Constitución y los distintos estatutos de autonomía. Con nuestro sistema de doble lista competencial (la lista del Estado y la de cada comunidad autónoma) se excluye la idea de cuasi universalidad o primariedad competencial de las Comunidades Autónomas. Y por eso mismo, pierde todo sentido una cláusula de “bloqueo estatal”, similar a la *preemption* federal norteamericana. En España, el verdadero límite a las competencias autonómicas no está en la posibilidad de un “bloqueo estatal” sino en los propios límites de las competencias autonómicas, definidas a partir de descriptores sectoriales que colindan con los correspondientes descriptores de las competencias estatales. Por eso, la jurisprudencia constitucional española se ha centrado, hasta ahora, en la identificación precisa del significado competencial de cada materia descrita en el artículo 149.1 CE (a favor del Estado) o en los distintos estatutos de autonomía. A lo sumo, solo se podría plantear alguna similitud con la *preemption* norteamericana en el caso de las competencias compartidas. Esto es, allí donde el Estado se reserva la legislación básica y los estatutos atribuyen la legislación de desarrollo a las comunidades autónomas. En este

24. Por todos: C. Viver i Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 91.

caso, la legislación básica estatal (que bien puede cambiar en su contenido por simples criterios de oportunidad política) sí “bloquea” o “deja sin efecto” las leyes autonómicas. En materias compartidas (y solo en ellas), las leyes básicas tienen, en mi opinión, un alcance definidor verdadero de las competencias autonómicas.²⁵ Aunque solo hasta aquí llegan las similitudes con la *preemption* norteamericana, puesto que de nuevo nuestro sistema constitucional pone el acento en que las bases son expresión de una competencia material estatal doblemente acotada: por el propio descriptor material (de qué sector de la realidad se trata) y por el propio carácter “básico” (principal, elemental) de la competencia (esto es, la exigencia de que la norma básica no entre en detalles, permitiendo opciones políticas diversas de las comunidades autónomas). Por eso, mientras la jurisprudencia norteamericana se centra en si la Constitución o las leyes federales *verdaderamente han bloqueado* una regulación estatal determinada (y ha quedado en un segundo plano la cuestión de la propia autoridad del Congreso para esa regulación), la jurisprudencia constitucional española se centra en determinar si las bases estatales *verdaderamente responden a la limitada competencia del Estado*, y si las normas autonómicas *han respetado*, o no, esas normas estatales. No son diferencias de matiz. Son las consecuencias naturales de dos sistemas territoriales diferenciados. Uno, basado en la titularidad de competencias (el español). Otro, el norteamericano, basado en la competencia universal de los estados y en la supremacía federal.

3. Interpretación moderadamente restrictiva de la *preemption*

14. Aunque discutidamente, el sistema constitucional federal incluye –al menos formalmente– un *mandato de interpretación restrictiva* sobre cuándo el Congreso efectivamente ha hecho uso de la “cláusula de supremacía federal”.²⁶ Nótese que no hablo ahora de una interpretación restrictiva de las *competencias* federales (esto no parece claro en la jurisprudencia norteamericana) sino de una interpretación

25. F. Velasco Caballero, “Método de la ponderación y sistema competencial”, L. Ortega y S. De la Sierra, *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 135 y ss (p. 146).

26. La crítica, muy razonada, a este supuesto mandato de interpretación restrictiva de la *preemption*, C. Nelson, “Preemption”, cit., p. 290.

restrictiva sobre cuándo el Congreso ha bloqueado efectivamente (*preempted*) el poder legislativo de los estados,²⁷ esto es, no se discute el poder amplio del Congreso para bloquear y “dejar sin efecto” las leyes estatales. Lo que se niega es la posibilidad de que los jueces y las autoridades administrativas interpreten de manera laxa el Derecho federal y, con ello, desplacen extensivamente la aplicación de las leyes estatales. Con esta premisa, la indagación judicial sobre si una ley federal ha bloqueado (*preempted*) o no una ley estatal descansa sobre la comprobación rigurosa de “cuál era el verdadero propósito del Congreso con su nueva ley”,²⁸ lo que, en términos prácticos, se traduce en la importancia notable que los trabajos parlamentarios tienen en los juicios de *preemption*.

15. La interpretación restrictiva de la *preemption* federal toma sentido, sobre todo, en la llamada *preemption* implícita (véase *infra* § 32), y se viene formulando en la jurisprudencia como una “presunción general de que la ley federal no ha querido desplazar la ley estatal”. Sin embargo, el alcance real del supuesto mandato de interpretación restrictiva de las leyes federales (en su efecto de desplazamiento o bloqueo de las leyes estatales) es más limitado de lo que en principio pudiera parecer, pues la misma jurisprudencia subraya que la presunción de *no-preemption* no es universal sino que actúa solo “en ámbitos tradicionalmente ocupados por los estados” y no en materias “donde históricamente ha habido una fuerte presencia federal”.²⁹

16. Llama la atención, al menos en términos comparados, que un sistema constitucional propiamente federal no haya desarrollado más cánones hermenéuticos limitativos de la *preemption*. Al menos, en el decenio de “reviviscencia del federalismo” y de consiguiente recuperación de la soberanía estatal (1995-2005). Pues lo cierto es que el principio de interpretación restrictiva de las leyes federales (en su efecto de bloqueo de las leyes estatales) fácilmente se elude con más precisión en la ley federal. Esto es: el mandato de interpretación restrictiva de las leyes federales solo actúa a falta de claridad, pero no donde la ley federal expresamente define, y con precisión, el ámbito o supuesto donde excluye toda regulación estatal. La situación descri-

27. *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* 331 U.S. 218, 230 (1947).

28. *Retail Clerks v. Schermerhorn*, 375 U.S. 96, 103 (1963); *Malone v. White Motor Corp.*, 435 U.S. 497, 504 (1978).

29. *United States v. Locke*, 529 U.S. 89, 108 (2000). Véase L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3.^a ed., West Group, 2000, §§ 6-31, p. 1210.

ta, de pocos frenos reales a la *preemption* federal, tiene algunas claves de explicación eminentemente políticas. Muy resumidamente: hasta hoy, tanto los grupos de intereses como las grandes formaciones políticas se han servido, como un instrumento político eficaz, del poder de *preemption* federal. En la lógica del federalismo norteamericano es posible y frecuente que, salvo en las materias limitadas reservadas al gobierno federal, los estados aprueben leyes innovadoras y frecuentemente opuestas al *statu quo* político (sobre derechos sanitarios, consumo de tabaco, identidad sexual, calidad del aire, seguridad ciudadana, delitos, muerte asistida, programas escolares, etc.). Frente a estas leyes estatales, los grupos económicos y políticos organizados –de todas las orientaciones– optan por promover leyes federales cuyo único fin es volver las cosas al estado anterior, esto es, optan por ganar la batalla política en un nivel más elevado. O en términos algo más realistas: prefieren “convencer” a unos cuantos congresistas, en lugar de a muchos representantes en las distintas cámaras legislativas estatales.³⁰ Esta *vis* política ha contado, muy frecuentemente, con el beneplácito académico (de los llamados “académicos liberales”) quienes, a fin para poner coto a las leyes conservadoras de algunos estados, han potenciado extremadamente el poder federal de *preemption*.³¹ Algunos estados, incluso, han saludado favorablemente la aprobación de leyes federales destinadas a “dejar sin efecto” leyes previas de otros estados con orientación política distinta. Al final, frente al poder federal de *preemption* no había en realidad nadie: ni los grandes partidos políticos (más máquinas electorales que partidos), ni los propios estados. Solo, ocasionalmente, los jueces “tomando la Constitución en serio”.

4. Eficacia de la *preemption*

17. Atención escasa merece, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, cuál es el efecto propio de la *preemption*. Quizá porque esta es una pregunta intrascendente para el sistema de control judicial norteamericano. Las sentencias dicen, sin mayor precisión, que las leyes federales “dejan sin efecto”, “desplazan” o “invalidan” las leyes

30. S. C. Hoke, “Transcending Conventional Supremacy: A Reconstruction of the Supremacy Clause”, *Connecticut Law Review*, núm. 24 (1992), p. 829 y ss (p. 856).

31. E. Young, “The Rehnquist Court’s Two Federalisms”, cit., p. 134.

estatales.³² No hay aquí, por tanto, algo parecido a nuestra distinción estructural entre *invalidez versus inaplicabilidad* de las leyes en conflicto. Es sabido que, en España, esta diferencia conceptual presenta cierta utilidad constitucional, sobre todo para determinar los efectos de las leyes básicas estatales sobre las leyes autonómicas de desarrollo: las nuevas normas básicas estatales “desplazan” a las autonómicas (*inaplicabilidad*) pero en nada cuestionan su *validez* originaria; en cambio, las leyes autonómicas nuevas que contradicen una ley básica estatal previa son constitucionalmente inválidas (y, por tanto, nulas). Pues bien, nada de esto parece relevante en relación con la *preemption* norteamericana (lo cual es coherente con la imprecisión general sobre los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en EE. UU.).³³ Es evidente que, en sustancia, donde una ley federal ha bloqueado expresamente toda ley estatal, cualquier norma estatal que infringiera esa prohibición sería, para nosotros, inválida. Esta situación parece distinta a la que acontece cuando una ley estatal, pacíficamente aplicada, es desplazada (*preempted*) por una ley federal con distinta regulación. Sin embargo, aunque la distinción entre validez y eficacia podría tener pleno sentido en el sistema federal norteamericano, lo cierto es que prima allá una interpretación de la “supremacy clause” (artículo VI.2 de la Constitución) como una cláusula de *derogación* (*repeal*) dirigida a los jueces.³⁴ Esto es, una norma constitucional que, sobre todo, dice a los jueces que las normas estatales contrarias al Derecho federal ya no pueden desplegar efectos.

5. Normas municipales

18. Las anteriores notas características de la *preemption* norteamericana, expuestas de forma sucinta, se han basado en la oposición entre Derecho federal y Derecho estatal. Pero en la realidad constitucional norteamericana una buena parte de los casos de *preemption* se plantean entre una ordenanza municipal, de una ciudad, y una ley federal. Precisamente en materia de inmigración este ha sido un tipo

32. Por ejemplo: *Lozano v. City of Hazleton*, 496 F. Supp. 2d 477 (M.D.Pa. 2007).

33. En general: E. Alonso García, “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6 (1982), p. 209 y ss (p. 214).

34. C. B. Nelson, “Preemption”, cit., p. 234.

de conflicto reiterado en los últimos años. La explicación de estos casos está en que, para la Constitución federal, los gobiernos locales son “criaturas de los estados”. Por eso, la Constitución de los Estados Unidos no contiene regulación alguna sobre las ciudades, condados o distritos especiales. Para la federación, los gobiernos locales son parte de los estados y, en consecuencia, las ordenanzas municipales posibles son –para la federación– parte del Derecho estatal. Esta premisa permite considerar la confrontación directa, en términos de *preemption*, entre una ley federal (como la vigente ley de inmigración) y diversas ordenanzas municipales (como las que anuncian la revocación de licencias municipales de apertura a los empresarios que contraten a inmigrantes ilegales). Véase, por tanto, que el posible conflicto normativo no se define en términos de competencia, sino estrictamente en términos de *preemption* (si el Congreso ha bloqueado efectivamente el tipo de norma contenido en la ordenanza municipal).

19. En la doctrina académica también se utiliza con frecuencia el término *preemption* para describir la relación entre las leyes estatales y las ordenanzas locales.³⁵ Pero, pese a la utilización del mismo término, esta *preemption* es abiertamente distinta de la *preemption* federal a la que se ha aludido hasta ahora.³⁶ A diferencia de lo que ocurre en la relación entre las leyes federales y las estatales (donde la *preemption* expresa una superioridad limitada del Derecho federal), las leyes de cada estado sí pueden calificarse abiertamente como *jerárquicamente superiores* a las ordenanzas locales; por eso, en el caso de las ordenanzas locales (en relación con las leyes estatales) la *preemption* es sinónimo de jerarquía. Dado que son pocas las garantías constitucionales expresas de autonomía local en las constituciones estatales, son las leyes de cada estado las que definen con discreción amplia los términos del poder local. Y aunque normalmente las leyes estatales reconocen una autonomía importante a las ciudades medianas y grandes (ciudades denominadas de *home rule*) esto no deja de ser una determinación legal de cada estado, modificable por otra de sentido contrario. Pesa aún mucho en el Derecho público norteamericano la llamada *Dillon’s rule*, esto es, el criterio jurisprudencial decimonónico que hace a los estados señores absolutos de sus subdivisiones internas

35. Así, por ejemplo: D.R. Berman, “State-Local Relations: authority and finances”, *Municipal Yearbook 2010*, ICMA, p. 47 y ss (p. 51).

36. C. M. Rodríguez, “The significance...”, cit., p. 637.

(los gobiernos locales).³⁷ Y aunque muchas constituciones estatales luego han reforzado la posición jurídica de sus gobiernos locales, lo cierto es que el estigma de la *Dillon's rule* sigue muy presente en la jurisprudencia, con pocas excepciones.³⁸ Dicho esto, y aunque a primera vista pueda parecer contradictorio, el ámbito de regulación de las ciudades que disponen de autonomía legal (*home rule*) es muy amplio. Ahí están los ejemplos llamativos, en términos comparados, de la ordenanza municipal de Chicago que regula la tenencia y el uso de las armas de fuego; o, ya en materia de inmigración, de las ordenanzas numerosas que prohíben el alquiler de vivienda a inmigrantes ilegales. Esto se explica porque la atribución de poder local (a las ciudades de *home rule*) no se hace tanto por materias como por atención al “interés local” (obviamente difuso), y la clave del sistema es la posibilidad de *preemption* estatal, y no la titularidad de una competencia precisa. En otros términos: el sistema territorial-local favorece que las ciudades de *home rule experimenten* regulaciones innovadoras en todo aquello que, de forma amplia, pueda afectar al interés de la ciudad. Aunque, a posteriori, las leyes de cada estado disponen de un poder cuasi absoluto para “dejar sin efecto”, y por mero criterio de oportunidad, las ordenanzas locales. En suma: el límite del poder local no está en la titularidad de competencias (que son amplias para las ciudades de *home rule*) sino en la posibilidad absoluta de derogación (o *preemption*) de las normas locales por las leyes estatales. Este orden de poder ha derivado en una práctica muy frecuente, que consiste en que la oposición política a las normas locales no tiene lugar en los ayuntamientos, sino en las cámaras legislativas de los estados. Así, frente a ordenanzas municipales que establecen limitaciones sobre usos del suelo, o restricciones de actividades comerciales, los grupos organizados de presión actúan ante el estado para obtener una ley que, simplemente, derogue la regulación local. Así ha ocurrido recientemente

37. D.J. McCarthy, Jr. y L. Reynolds, *Local Government Law*, Thomson West, 5.ª ed., 2003, p. 22. La llamada *Dillon's rule* se expresó originariamente así: “las corporaciones municipales deben su existencia y derivan todos sus poderes y derechos del poder legislativo estatal. La cámara legislativa les da el aire en el que respirar, y sin el cual no podrían sobrevivir. E igual que las crea, el poder legislativo estatal bien las puede hacer desaparecer. Y si las puede eliminar, lógicamente también las puede limitar o controlar” (*Clinton v Cedar Rapids and the Missouri River Railroad* [24 Iowa 455; 1868]).

38. Algunas excepciones recientes, pero en todo caso muy limitadas en su alcance real, se encuentran en algunos estados del sur, como Florida. Véase J. R. Wolf y S. H. Bolinder, “The effectiveness of Home Rule: a preemption and conflict analysis”, *Florida Bar Journal*, núm. 83, 2009, p. 92.

te con, por ejemplo, las prohibiciones municipales de venta de tabaco a adolescentes; con diversas ordenanzas sobre protección ambiental; o con las ya comentadas ordenanzas de prohibición de armas de fuego. En todos estos casos, un grupo de interés (a menudo económicamente poderoso) ha conseguido que la cámara legislativa del estado apruebe una ley cuyo objetivo es, sin más, derogar determinadas ordenanzas locales y con ello devolver las cosas al *statu quo* anterior. A falta de garantías firmes de autonomía local, la *preemption* estatal hace de las ordenanzas municipales un “Derecho de experimentación”: la falta de límites competenciales precisos permite a las ciudades acceder a muchas materias de trascendencia amplia con regulaciones innovadoras, pero la estabilidad de esa regulación es precaria porque su resistencia pasiva frente a las leyes estatales (*preemption*) es inexistente.

6. Los tests de *preemption*

20. De forma casi incuestionada, y con escasas variaciones, tanto la jurisprudencia como la doctrina académica se sirven de un único test múltiple para valorar si en un determinado asunto existe bloqueo (*preemption*) federal.³⁹ El test no incluye, porque lo presume, la existencia de autoridad federal en la materia (esto es, que no se trate de una materia sometida a la autoridad exclusiva de los estados). De manera que, incuestionada la autoridad federal, el test de *preemption* se destina a determinar el alcance del posible bloqueo o preeminencia federal.

a) La primera pregunta del test es relativamente sencilla: si la materia en cuestión ha sido reservada *en exclusiva* al gobierno federal. Esto es, si la Constitución incluye, para la materia en cuestión, una *structural o constitutional preemption*. En caso afirmativo, queda deslegitimada toda regulación estatal. Mas lo normal es que en la materia considerada no haya autoridad *exclusiva* del gobierno federal.

b) En defecto de reserva constitucional (a favor del Congreso) el test de *preemption* se centra en saber si efectivamente existe una ley

39. La formación histórica del test, C. B. Nelson, “Preemption”, cit., p. 227. En materia de inmigración, el test se expresa completamente por primera vez en: *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976). Sus precursores más claros: *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 10 (1982); y *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 377-80 (1971). Un desglose esquemático y preciso del test de *preemption*, S. Zota, “Do State and Local Immigration Laws violate Federal Law?”, *Local Government Law Bulletin*, UNC School of Government, núm. 117, 2008, p. 1 a 19 (p. 3).

federal que haya bloqueado o desplazado una determinada regulación estatal (*statutory preemption*). Se trata de determinar si la ley federal ha ocupado una determinada materia o submateria (y, por tanto, bloqueado toda opción legislativa estatal). Es lo que se conoce como *field preemption*. A su vez, este nivel del test de *preemption* contiene dos preguntas posibles: si la ley federal *expresamente* ha impedido una determinada regulación estatal (*field preemption* expresa); o si, aun en defecto de bloqueo expreso en la ley federal, la regulación federal es tan completa que de hecho se equipara a una prohibición de regulación estatal (*field preemption* implícita).

c) En un tercer nivel, el test de *preemption* incluye la pregunta de si, aun siendo posible la regulación estatal en una cuestión determinada (porque no hay *field preemption*, ni expresa ni implícita), su contenido concreto está en contradicción con la regulación federal (*conflict preemption*).⁴⁰

Hasta aquí el test de *preemption* que se sigue en este estudio. No se considera ahora otro tipo de *preemption* mencionada ocasionalmente en la doctrina, la llamada *dormant preemption*. Esta última forma de *preemption* descansa sobre la afirmación de que en algunos casos la Constitución ha prohibido la regulación estatal salvo previsión legal expresa de una ley federal (así ocurriría con la llamada “cláusula de comercio” [artículo IV de la Constitución] o con la “cláusula de cohesión” [artículo I, 10.3 de la Constitución]). Por su clara limitación a materias concretas, la *dormant preemption* no desempeña un papel importante en materia de inmigración.⁴¹

21. Enseguida se puede apreciar que el test de *preemption*, pese a su seguimiento amplio, presenta algunas incoherencias lógicas, rara vez apreciadas en la propia doctrina norteamericana. Con la perspec-

40. En ocasiones la jurisprudencia opone la *preemption* expresa a la *preemption* implícita (y dentro de esta última subdistingue entre la *field preemption* y la *conflict preemption*). Véase, por ejemplo, *Lozano v. City of Hazleton*, 496 F. Supp. 2d 477 (M.D.Pa. 2007). En sus resultados prácticos, cualquiera de las clasificaciones enunciadas son prácticamente equivalentes. Para este estudio me ha parecido más clara la distinción primaria entre *field preemption* y *conflict preemption* porque en la primera (*field preemption*) se destaca el efecto de bloqueo o vaciamiento del espacio competencial de los estados (sea ese vaciamiento hecho de forma explícita o implícita) mientras que la *conflict preemption* presenta rasgos característicos de una regla de conflicto (no se limita la autoridad de los estados en abstracto, simplemente se elimina, invalida o desplaza una norma estatal concreta que contradice a la norma federal).

41. C. Huntington, “The Constitutional Dimension of Immigration Federalism”, *Vanderbilt Law Review*, núm. 61, p. 787 y ss (p. 810).

tiva analítica del Derecho público europeo se puede observar que en un mismo test se mezclan cuestiones de naturaleza muy distinta. De un lado, el subtest de *constitutional preemption* es más bien una cuestión sobre el *alcance de la autoridad federal* (si es exclusiva o concurrente). El resto del test no se refiere ya propiamente a la competencia (se presume la autoridad de los estados), sino a la *regulación concreta* de la ley federal, a qué tipo de regulación impide o impone a los estados. También hay una diferencia ontológica entre la *field preemption* (por medio de la cual la ley federal establece, simplemente, que una cuestión determinada ya no puede ser regulada por los estados) y la *conflict preemption*, que no cuestiona la autoridad de los estados para regular una cuestión, y simplemente conduce a inaplicar una norma estatal concreta materialmente incompatible con una norma federal. Esta última diferencia ontológica entre la *field* y la *conflict preemption* ha sido señalada en ocasiones en la doctrina estadounidense aludiendo a que la *field preemption* incluye una “regla substantiva” (la prohibición a los estados) mientras que la *conflict preemption* incluye una “regla jurisdiccional” (dice a los jueces, en caso de conflicto, qué norma se debe aplicar preferentemente).⁴²

22. La composición del test de *preemption* no es neutral, aunque lo parezca. Cada nivel o pregunta del test expresa un nivel mayor o menor de deferencia judicial hacia el gobierno federal. Además, esa deferencia no solo articula el poder de los estados respecto del gobierno federal, también expresa un equilibrio determinado entre los jueces (federales) y el Congreso.⁴³ Por definición, una atención judicial detenida en la cuestión de la *constitutional o structural preemption* resulta más limitativa del poder estatal que la concentración del juicio en sus escalones de *field preemption* o de *conflict preemption*. Y entre estos dos últimos, la preferencia del subtest de conflicto es una actitud judicial más deferente con los estados que la que resulta del subtest de *field preemption*. Por eso, que los tribunales pongan énfasis en uno de los niveles o escalones del test, y no en otro, incluye ya implícitamente una posición inicial más o menos favorable al gobierno federal o los estados. Así que la insistencia argumental en el subtest de *constitutional preemption* puede tener como fin negar de plano toda posible regulación estatal sobre una materia. Pues la res-

42. C. B. Nelson, “Preemption”, cit., p. 262.

43. T. W. Merrill, “Preemption and Institutional Choice”, *Northwestern University Law Review*, núm. 102 (2008), p. 727 y ss (p. 728).

puesta afirmativa al subtest de *constitutional preemption* supone ya directamente el bloque estatal absoluto para una determinada regulación. También, la activación del subtest de *field preemption* implica una tendencia judicial de inicio favorable al Congreso, y restrictiva del poder estatal. En cambio, con la relajación de los subtests de *constitutional* y de *field preemption*, y la preferencia simultánea del subtest de *conflict preemption*, se expresa cierta deferencia judicial hacia los estados (y, por tanto, hacia los valores del federalismo), pues entonces el juicio se centra en la contradicción *real* de una norma estatal concreta con una norma federal concreta.⁴⁴

III. Los tests de *preemption* en el federalismo de inmigración

23. En el apartado anterior se ha enunciado, en abstracto, cuál es la estructura del test de *preemption*. En lo que sigue se va a concretar cómo se viene aplicando ese test abstracto, por los jueces, en materia de inmigración. Antes de describir detalladamente la aplicación judicial de cada nivel del test de *preemption* voy a señalar algunas notas generales características, en materia de inmigración.

a) Lo primero que hay que advertir es que la aplicación del test de *preemption* en materia de inmigración se ha hecho en relación con un *tipo de regulaciones muy singulares*. Los procesos judiciales suelen traer causa de leyes estatales y, sobre todo, de ordenanzas municipales que intentan evitar la llegada y asentamiento de inmigrantes ilegales, sobre todo, a través de la frontera con México. Estas leyes estatales y ordenanzas municipales no regulan propiamente el régimen de entrada o salida del país. Se limitan a establecer consecuencias jurídicas negativas para quienes contraten o apoyen a inmigrantes indocumentados. En consecuencia, estas leyes y ordenanzas no pretenden regular la inmigración *en abstracto*; más bien tratan de evitar que los inmigrantes indocumentados (los que no cumplen las leyes federales) se asienten en estados o ciudades concretos. Esto puede explicar, quizá, por qué los tribunales suelen rechazar la existencia de una *constitutional preemption* y analizan con más detalle la existencia de una *statutory preemption*. En otras palabras: dado que

44. C. B. Nelson “Preemption”, cit., p. 230.

no se trata de regulaciones *centrales* sobre la inmigración, los tribunales –aun con excepciones– admiten la posibilidad *constitucional* de regulación estatal o local, y entonces centran su atención en si la *ley federal* de una u otra forma ha bloqueado (*preempted*) el tipo concreto de regulación pretendido por un estado o municipio.

b) Aunque el test de *preemption* es escalonado, en la práctica judicial los diferentes niveles o escalones no siempre se diferencian con claridad. Más bien, los diferentes niveles del test de *preemption* se complementan e influyen mutuamente. Así, por ejemplo, aunque los tribunales no suelen identificar directamente la existencia de una *constitutional preemption*, sí parece que el protagonismo constitucional del gobierno federal en materia de inmigración indirectamente refuerza la intensidad con la que se aplican los demás niveles del test de *preemption*. También, la incómoda posición de los jueces en el test de *preemption* implícita (por lo arriesgado de inducir cuál es la voluntad implícita del Congreso, a falta de regulación expresa en la ley) les lleva a apurar las posibilidades interpretativas de la *preemption* expresa o a reconducir su juicio al test de *conflict preemption* (donde su función no es ya la averiguación de la voluntad legislativa sino la identificación de un conflicto normativo concreto). Por fin, la intensidad notable con la que los tribunales aplican el test de *conflict preemption* es un contrapeso, creo, a la inicial negación de exclusividad federal (*constitutional preemption*) en materia de inmigración.

c) Ya se apuntó más arriba que la *preemption* federal está –al menos formalmente– sometida a *interpretación restrictiva*, por su efecto limitador de la autoridad originaria de los estados. Los tribunales se sirven de diversos test o fórmulas argumentales para afirmar el carácter restrictivo de la *preemption*. Aunque esos tests, aplicados a la materia concreta de inmigración, suelen deparar resultados favorables al gobierno federal.⁴⁵ Así, en asuntos de inmigración los tribunales mencionan, con frecuencia, la llamada “presunción de *no-preemption*”, aunque enseguida precisan que esa presunción únicamente se aplica en relación con las materias que “tradicionalmente han sido ocupadas por los estados”.⁴⁶ Y entonces la cuestión se centra en deter-

45. Crítica al resultado, M. S. Grube, “Preemption of Local Regulations beyond Lozano v. City of Hazleton: Reconciling Local Enforcement with Federal Immigration Policy”, *Cornell Law Review*, núm. 95, 2010, p. 391 y ss (p. 395). También: C. M. Rodríguez, “The significance...”, cit., p. 623-624.

46. C. Huntington, “The Constitutional Dimension...”, cit., p. 850. Por ejemplo: *Villas at Parkside v. The City of Farmers Branch (II)*, de 24 de marzo de 2010 (aún sin numeración

minar si la regulación estatal o local en cuestión es o no una regulación sobre inmigración. Esto es: la presunción de *no-preemption* en realidad queda vacía de sentido cuando un tribunal concluye que la ley estatal o local regula materialmente la inmigración (pues entonces no cabe duda de que la materia es preferentemente federal y, por tanto, no juega la presunción *no-preemption*).⁴⁷ También, otras veces, los tribunales aplican un criterio de interpretación restrictiva de la *preemption* federal compuesto de tres preguntas: extensión y completitud de la regulación federal; relevancia del interés federal en la materia, y congruencia entre el objetivo final de la ley y las obligaciones efectivamente impuestas,⁴⁸ aunque, al menos en materia de inmigración, esto parece más un recurso argumental que una regla de conflicto, pues las preguntas del test parecerían predispuestas de antemano para afirmar siempre la *preemption* federal en una materia que, como la inmigración, siempre se encuentra en el ámbito de interés federal.

1. *Constitutional preemption*

24. El test de *preemption* incluye, como primera cuestión, si la Constitución federal ha reservado al gobierno federal la regulación de una materia. En el ámbito de la inmigración la cuestión no es tan clara como en principio podría pensarse. Por de pronto, el texto de la Constitución no contiene una reserva expresa de la inmigración al gobierno federal. Opción esta que no parece casual sino que tiene que ver con los temores originarios de los estados del sur (esclavistas) a que una posible regulación federal de la inmigración pusiera en cuestión la esclavitud. De hecho, a lo largo del siglo XVIII se comprueba que los estados efectivamente legislaron, con diferente intensidad, en materia de inmigración. Solo de forma contemporánea, desde finales del

seriada), p. 25 de la versión original notificada (invocando *U.S. v. Locke*, 529 U.S. 89, 108 [2000]). En apelación: *Chicanos por la Causa, Inc. v. Napolitano*, 558 F.3d 856 (Ar. 2009). Véase, en cambio: *Gray v. City of Valley Park, Missouri*, N. 4:07CV0081 ERW, p. 14 (las ordenanzas sobre contratación de inmigrantes ilegales no son propiamente regulaciones de la “inmigración”, por lo que no es una materia “tradicional” de la federación y sí rige la “presunción de *no-preemption*”).

47. *Lozano v. City of Hazleton*, 496 F. Supp. 2d 497 (M.D.Pa. 2007).

48. Este test está formulado en *Schneidewind v. ANR Pipeline Co.*, 485 U.S. 293, 300 (1988). En materia de inmigración se aplica en *Lozano v. City of Hazleton*, 496 F. Supp. 2d 497 (M.D.Pa. 2007).

siglo XIX y principios del siglo XX, se observa un aumento notable –y tendencialmente excluyente– de la legislación federal en la materia.⁴⁹ Tal y como afirma de forma pionera el Tribunal Supremo: “Para los asuntos de interés local están, ciertamente, los estados de la unión, pero para asuntos nacionales, incluidas nuestras relaciones con las naciones extranjeras, no existe más que un pueblo, una nación y un poder”.⁵⁰ Y es a partir de este cuerpo legislativo federal –y de la jurisprudencia que lo tolera– cuando se propone la conclusión de que, de forma estructural, la Constitución ha reservado la regulación de la inmigración al Congreso norteamericano. Se argumenta, en este sentido, que la regulación de la inmigración está estrechamente conectada con las relaciones internacionales, siendo este un ámbito claramente reservado al gobierno federal. También se sostiene que mediante las leyes de inmigración se “define la nación”, siendo esta una función que ontológicamente solo puede corresponder al Congreso.

25. La exclusividad federal en la regulación de la inmigración tiene amparo formal, desde luego, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁵¹ En el siguiente párrafo se verá el límite que a esa exclusividad sienta la sentencia *De Canas v. Bica*. Ahora quiero destacar el reciente *cuestionamiento doctrinal del dogma de la exclusividad federal* en materia de inmigración.⁵² Primero, con el argumento de que la Constitución carece de una reserva explícita al respecto. Y después, sosteniendo que la inmigración no es una cuestión coextensa con las relaciones internacionales o con la regulación de la nacionalidad; y que mediante la regulación de la inmigración no solo se define la nación, sino también las comunidades estatales y locales. En suma, se subraya que la inmigración afecta directamente al interés estatal y local, lo que impide una interpretación constitucional excluyente de toda intervención estatal (o local). En una formulación contemporánea de la cuestión se habla de la necesidad de ponderar aquí las “re-

49. Véase el muy notable apéndice “History of Immigration Regulation in America” a la sentencia en el caso *Lozano v. City of Hazleton* (cit.). En la literatura académica: G. L. Neuman, “The Lost Century of American Immigration Law” (1776-1875), *Columbia Law Review*, núm. 93 (1993), p. 1833 y ss.

50. *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 604 (1889).

51. *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522, 531 (1954); *United States v. Valenzuela-Bernal*, 458 U.S. 858, 864 (1982). Luego se verá el alcance real de esa exclusividad federal sobre inmigración en *De Canas v. Bica*.

52. Por todos, recientemente: C. M. Rodríguez, “The significance...”, cit., p. 611; y C. Huntington, “The Constitutional Dimension...”, cit., p. 791.

laciones internacionales" (posiblemente reservadas al gobierno federal) y el federalismo (valor constitucional que habla en contra de las reservas federales excluyentes y aboga por las competencias concurrentes de la federación y los estados).⁵³ Se propone así, para la materia de inmigración, la superación de la exclusividad federal sobre la materia amplia de "inmigración" y su sustitución por diversos niveles de concurrencia competencial, con distinto nivel de intensidad aplicativa para la cláusula de superioridad (artículo VI.2 de la Constitución). En esta propuesta se acepta que –como excepción– algunos aspectos de la inmigración aún puedan considerarse como exclusivamente federales (por ejemplo, los que más relación directa tengan con la nacionalidad o las relaciones internacionales), pero insistiéndose al mismo tiempo en que esa exclusividad federal posible ha de ser interpretada de forma estricta.⁵⁴ En suma: los valores federales impulsan la tendencia a la concurrencia imperfecta de los distintos niveles de gobierno, si bien en función de la materia concreta (y de cuál haya sido la presencia "tradicional" del Congreso o de los estados en ella) la *preemption federal* será más o menos intensa.

26. Sin llegar tan lejos como la doctrina académica reciente, la jurisprudencia contemporánea muestra una tendencia clara a limitar el alcance real posible de la *constitutional preemption* en relación con las leyes de inmigración.⁵⁵ El *leading case* contemporáneo, en un contexto de relaciones intergubernamentales en el que los estados y las ciudades han tomado como propia la regulación de la inmigración, es *De Canas v. Bica*. Esta sentencia del Tribunal Supremo se enfrenta a una norma legal de California, aprobada en 1971,⁵⁶ en la que se prohibía a los empresarios "contratar a extranjeros que conocidamente carecen de título de residencia en los Estados Unidos, siempre que ese contrato pudiera tener un efecto adverso sobre los residentes legales". La sentencia *De Canas v. Bica* simultáneamente afirma que "el poder para regular la inmigración es incuestionablemente exclusivo de la federación", pero, al mismo tiempo, ofrece una interpretación limitada sobre qué se puede considerar inmigración en sentido estricto. La sentencia define la legislación sobre inmigración como la "determinación de quién debería ser –o no– admitido en el país, y la fijación de las condiciones

53. C. Huntington, "The Constitutional Dimension...", cit., p. 811 y 816.

54. C. M. Rodríguez, "The significance...", cit., p. 624.

55. C. M. Rodríguez, "The significance...", cit., p. 620.

56. Artículo (section) 2805 *California Labor Code*.

de permanencia”.⁵⁷ Con esta interpretación estricta de la materia “inmigración” el Tribunal Supremo concluye que la ley californiana impugnada no es inválida, precisamente porque no es una regulación sobre la inmigración en sentido estricto. Se llega así, de forma práctica, a la identificación de dos ámbitos materiales relativos a la “inmigración”: uno, relativo estrictamente a la entrada y estancia en el país (ámbito reservado al Congreso); y otro, no exclusivo del Congreso, referido a las condiciones de vida de los inmigrantes en los distintos estados. Desde la sentencia *De Canas*, han sido varias las ocasiones en que distintos tribunales federales (normalmente, en primera instancia, y pocas veces en apelación) han conocido de leyes estatales y ordenanzas locales parcialmente reguladoras de la inmigración. Se trata de leyes y ordenanzas que prohíben a los propietarios el alquiler de vivienda a los inmigrantes irregulares; o que prohíben –con las correspondientes sanciones– la contratación de trabajadores en situación irregular. En estos y otros casos los tribunales no ponen en duda que las leyes y ordenanzas regulan aspectos de la inmigración, y también tienden a considerar que es un tipo de regulación no reservada al Congreso. En consecuencia, se excluye aquí la existencia de una *constitutional preemption* y se toma en consideración el resto del test de *preemption*. Esto es, si efectivamente hay una ley federal que haya bloqueado la aprobación de leyes u ordenanzas por los estados o sus entidades locales.

27. La precisión de qué tipo de regulación migratoria está vedada a los estados (por estar reservada al Congreso) no es determinable fácilmente a priori. Solo parece muy clara en la jurisprudencia la prohibición de que los estados determinen “quién debe ser o no admitido en el país, y las condiciones de permanencia de un visitante legal”.⁵⁸ A lo más, la jurisprudencia ha ido ofreciendo algunos criterios prácticos.

a) El primer criterio aplicativo consiste en negar la autoridad estatal para crear *clasificaciones de extranjeros* (o inmigrantes) al hilo de las regulaciones sectoriales. Los tipos de extranjeros, o inmigrantes, es un asunto federal, en exclusiva: “los estados carecen de todo poder con respecto a la clasificación de los extranjeros”.⁵⁹ Por ejemplo, en el caso *Villas at Parkside v City of Farmers Branch* (donde se cuestionaba una

57. *De Canas* 424 U.S. 351, 354-55 (1976).

58. *De Canas* 424 U.S. 351, 354-55 (1976).

59. *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202, 225 (1982). Véase también *Arizona Contractors Ass’n, Inc.* 534 F. Supp. 2d, 1051-52 (D. Ariz. 2008).

ordenanza local reguladora del acceso de los extranjeros a las viviendas en alquiler), considera el Tribunal que la Constitución reserva al Congreso tanto las clasificaciones de los inmigrantes (y, por tanto, los criterios para determinar la situación jurídica de cada inmigrante) como la forma de ejecución de la legislación federal de inmigración. Y, por lo mismo, ninguna norma estatal (o municipal) puede establecer categorías de extranjeros diferentes de las contenidas en la legislación federal. En consecuencia, en el caso *Villas at Parkside* se considera prohibida la posibilidad de que una ordenanza niegue el acceso a la vivienda en alquiler tanto a los inmigrantes indocumentados como a ciertos inmigrantes *legales* (como los titulares de visados de estancia o los estudiantes extranjeros), pues con esta asimilación entre los inmigrantes irregulares y algunos tipos de inmigrantes legales se estaría afectando a la reserva federal para determinar las clases de inmigrantes.⁶⁰

b) Un segundo criterio aplicativo considera que la *identificación* de los extranjeros, o inmigrantes, es cuestión reservada al gobierno federal. Por ello, ninguna ley estatal (u ordenanza local) puede imponer a los propietarios de vivienda, o a los empresarios, la comprobación de la identidad de los posibles inquilinos o trabajadores. Solo la ley federal puede establecer esas cargas sobre los sujetos privados.⁶¹

2. Field preemption

28. El escalón siguiente, dentro del test de *preemption*, es si, no estando en juego una reserva constitucional a favor del gobierno federal (*constitutional preemption*), alguna *ley federal* de hecho ha prohibido o bloqueado expresamente toda regulación estatal (o local). Esta pregunta admite dos formulaciones: si la ley federal contiene una norma que expresamente bloquea la intervención estatal: y si,

60. *Villas at Parkside Partners (et al.) v. Farmers Branch*, 577 F. Supp.2d 858, 871, 876. A esta sentencia le ha seguido luego otra del mismo tribunal, dictada el 24 de marzo de 2010 (aún sin numeración seriada) que responde a un intento de la misma ciudad de Valley at Parkside de establecer restricciones a la residencia de inmigrantes. La argumentación del Tribunal sigue la de la sentencia anterior (de 2007), aunque ahora incorpora un criterio restrictivo nuevo: la ordenanza municipal no solo no puede crear nuevas clasificaciones de extranjeros (respecto de las establecidas en la ley federal) sino que *tampoco puede tomar las clasificaciones federales (la tipología de extranjeros) para añadir consecuencias jurídicas no buscadas directamente por la ley federal*. Así, por ejemplo, aunque la actual IRCA trata de evitar la inmigración ilegal, no está entre sus objetivos dificultar el alojamiento digno de los inmigrantes ilegales.

61. *League of United Latin American Cities v. Wilson*, 908 F. Supp. 755, 768-70 (C.D. Cal. 1995).

en defecto de toda cláusula expresa, por la forma de regulación de la ley federal hay que concluir que el Congreso implícitamente ha excluido toda regulación estatal.

A) *Preemption* expresa

29. Es frecuente, en la práctica, que las leyes federales precisen cuál es su eficacia respecto del Derecho estatal, esto es, el alcance de la *preemption* federal. Desde luego, así ocurre en materia de inmigración. Por de pronto, la *Immigration Reform and Control Act* de 1986 (IRCA) dispone que “lo establecido en este precepto prevalece sobre cualesquiera leyes estatales o locales que contengan sanciones civiles o penales –con excepción de las leyes sobre licencias de actividad y similares– para quienes empleen o contraten a extranjeros no autorizados”.⁶² Esta *preemption* expresa impide que los estados o los gobiernos locales establezcan consecuencias jurídicas punitivas (tales como recargos impositivos, nulidad de contratos o responsabilidad patrimonial) por la contratación laboral de inmigrantes ilegales. Pero lo que no resulta claro en la cláusula de *preemption* expresa de la IRCA es su salvaguarda o excepción referida a las “licencias de actividad o similares”. Sobre esta cuestión son ya numerosos los pronunciamientos judiciales. Los procesos traen causa de leyes estatales (como la *Legal Arizona Workers Act*, de 2007) o de ordenanzas municipales (como en Hazleton, Pennsylvania, o en City of Valley Park, Missouri) que prevén la revocación de licencias de actividad para aquellos empresarios que contraten a inmigrantes ilegales. Por tanto, en estos casos, los tribunales han de determinar el alcance de la cláusula de *preemption* expresa de la IRCA y de su excepción en materia de “licencias”. La tendencia judicial parece ser favorable a los estados y las ciudades (y, por tanto, a una interpretación amplia de la excepción de *preemption* federal respecto de la revocación de licencias de actividad),⁶³ aunque no faltan sentencias muy razonadas en sentido contrario.⁶⁴

62. Immigration Reform and Control Act (IRCA): Pub. L. No. 99-603, 100 Stat. 3359 (1986). Codificada en 8 U.S.C. § 1324a(h)(2).

63. Así, Arizona Contractors Ass’n, Inc. 534 F. Supp. 2d, 1046-48 (D. Ariz. 2008); Gray v. City of Valley Park, Mo., 2008 WL 294294, 10-12. Más recientemente, en el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, en relación con una ley de Arizona: Chicanos por la Causa, Inc. v. Napolitano, 558 F.3d 856 (D. Ariz. 2009).

64. Lozano v. City of Hazleton, 496 F. Supp. 2d, 519-520 (M.D. Pa. 2007).

30. También se puede mencionar ahora, como ejemplo de *preemption* expresa, la legislación federal sobre prestaciones sociales a los inmigrantes. La *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* (1996) regula expresamente qué prestaciones sociales (federales, estatales o locales) corresponden a los inmigrantes (legales e ilegales).⁶⁵ La ley federal bloquea cualquier posibilidad de regulación alternativa o complementaria de los estados, excepto allí donde directa y expresamente la propia ley autoriza la divergencia estatal. Así, la ley federal permite, textualmente, que: “Un estado puede disponer, expresamente por ley, y sólo a partir del 22 de agosto de 1996, que los extranjeros que no se encuentren en situación plenamente legal en los Estados Unidos puedan beneficiarse también de las prestaciones estatales y locales enumeradas en el párrafo (a) de este artículo” (8 U.S.C § 1621 [d]). Así se explica que, en estados como Illinois, los niños inmigrantes (incluso los irregulares) reciban prestaciones sanitarias no contempladas en la ley federal.⁶⁶ En sentido inverso, la misma federal también prevé la posibilidad de que las leyes estatales excluyan a determinados extranjeros de entre los beneficiarios de las prestaciones estatales o locales (8 U.S.C § 1622 [a]). De ahí trae causa, por ejemplo, que en Ohio o Virginia ciertos extranjeros en situación *legal* no reciban determinadas prestaciones sanitarias (*Medicaid*). Estas divergencias en algunos estados son consecuencia directa de la autolimitación de la *field preemption* establecida en la propia ley federal sobre prestaciones sociales.

31. En las cláusulas expresas de *preemption*, como las que se acaban de exponer, se puede identificar no solo lo que ha quedado vedado a los estados sino también lo que les ha quedado expresamente autorizado. En el bien entendido de que la cláusulas de excepción no son atributivas de autoridad a los estados (su autoridad o competencia es originaria, basada en el “interés estatal” y consolidada por la tradición constitucional). El sentido último de estas cláusulas está en el principio federal. Se trata de que, aceptada la superioridad de las leyes federales (artículo VI.2 de la Constitución), el Congreso respete el poder originario de los estados. Y ello se consigue, precisamente, marcando los límites de la *preemption* federal. Por tanto, las

65. Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1006). En el Código de los Estados Unidos la referencia es: 8 U.S.C. § 1621 y ss. Esta ley fue luego parcialmente modificada (en términos generales, con más restricciones y controles sobre inmigración) por medio de la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA), publicada en Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-546 (1996).

66. S. Zota, “Do State and Local Immigration Laws Violate Federal Law?”, cit., p. 12.

leyes federales que autorizan diversas posibilidades a las leyes estatales (como la ampliación o reducción de prestaciones públicas a los inmigrantes) han de ser vistas no como normas de competencia o de delegación a los estados, sino como la identificación precisa de los límites de la regulación federal.

B) Preemption implícita

32. Este escalón del test de *preemption* (que en este estudio he incluido en el apartado más amplio de *field preemption*) se centra en determinar si la ley federal, aun no prohibiendo *expresamente* la regulación estatal, de hecho pretendía ese objetivo. Al analizar el conjunto de la regulación legal federal se puede llegar a la conclusión de que la materia en cuestión ha sido tan extensamente regulada por el Congreso que, de hecho, lo verdaderamente pretendido era excluir toda regulación estatal en la materia. Se habla, en estos casos, de que la ley federal constituye un “sistema completo” de regulación (*comprehensive scheme*) que no admite regulación estatal paralela. Ni siquiera legislación complementaria o de desarrollo. Por eso, en sus efectos prácticos, la *preemption* implícita es equivalente a la *preemption* expresa: bloqueo de la competencia legislativa de los estados. Lo característico del subtest de *preemption* implícita es que pone el acento en cuál fue la voluntad del Congreso, si ocupar por completo la materia o si permitir también la regulación estatal;⁶⁷ y para tal fin se presta atención especial a los trabajos parlamentarios, en una suerte de interpretación originalista muy arraigada en el Derecho legal norteamericano.

33. Obsérvese que, por principio, la *field preemption* implícita actúa de forma notoriamente distinta al efecto de desplazamiento (propio de las normas básicas en España) y a la primacía aplicativa (propia del Derecho europeo). Tanto las normas básicas españolas como las normas concurrentes europeas producen efectos de desplazamiento aplicativo de las leyes (autonómicas o nacionales) únicamente en el caso de contradicción con lo establecido en las normas superiores (estatales o europeas). Pero en ningún caso se pone en cuestión la existencia de una competencia de desarrollo o complemento que no sea contradictoria con las normas superiores. No ocurre así con la *field preemption* norteamericana, en que la existencia de un “esquema regulatorio com-

pleto” bloquea el desarrollo de las competencias legislativas estatales; no sólo impide una regulación contradictoria, obtura cualquier regulación de la materia. Con todo, la diferencia notoria apuntada (entre el sistema federal estadounidense y los sistemas constitucionales español y europeo) no resulta en exceso relevante si, como ocurre en materia de inmigración, los tribunales tienden a eludir el test de *preemption* implícita y a poner mayor énfasis en el test *conflict preemption*.

34. En efecto, como he anunciado, en materia de inmigración el test de *preemption* implícita no se aplica con nitidez por los tribunales. Frecuentemente se confunde con los demás escalones del test de *preemption*, especialmente con el de *conflict preemption* (*infra* § 35). Más en general, se puede apreciar una tendencia evasiva de los jueces respecto del subtest de *preemption* implícita.⁶⁸ En ello se puede apreciar una cierta deferencia de los tribunales hacia el Congreso: a falta de una norma federal expresa no es tarea de los jueces indagar si el Congreso, de forma implícita, ha querido excluir toda regulación estatal sobre una materia. Tal y como lo expresa un tribunal federal de apelación: “El Congreso podía, pero no lo ha hecho, prohibir expresamente que las leyes estatales impusieran el uso obligatorio del sistema federal [voluntario] de identificación de extranjeros”.⁶⁹ En casos como este, en que la ley federal nada ha dicho expresamente sobre la posibilidad de regulación estatal, los jueces tienden a no negar por principio la competencia legislativa de los estados y, en cambio, entran de lleno a valorar un posible conflicto normativo específico entre la ley federal y una ley estatal (*conflict preemption*).

3. *Conflict preemption*

35. Por fin, el test de *preemption* incluye un último escalón o subtest: si la norma estatal (aprobada o proyectada) contradice una ley

68. Indicada expresamente en *De Canas* 424 U.S. 351, 355 (1976). Como ejemplo, *Gray v. City of Valley Park, Mo.*, 2008 WL 294294,23.

69. *Chicanos por la Causa, Inc. v. Napolitano*, 558 F.3d 856 (Ar. 2009). En el caso se discutía sobre una ley de Arizona que obliga a los empresarios de su estado a que comprueben en el sistema informático federal de inmigración (“E-Verify”) que sus posibles empleados se encuentran legalmente en el país. La ley federal de inmigración no había impuesto directamente esa carga de comprobación a los empleadores, por lo que el acceso al sistema informático federal era, para ellos, potestativo. Así que la pregunta era si la regulación federal implícitamente había excluido toda posibilidad de que las leyes estatales optimizaran el sistema federal de control.

federal. Este escalón del test de *preemption* tiene sentido, únicamente, allí donde la ley federal no contiene una prohibición expresa de toda ley estatal, o si se concluye que la ley federal no contiene un "sistema regulatorio completo" que de hecho excluye todo margen para la regulación estatal. En fórmula canónica, la pregunta es si "resulta imposible cumplir simultáneamente una norma federal y otra estatal",⁷⁰ o si "la ley estatal es un obstáculo para la ejecución plena de los propósitos y objetivos del Congreso que aprobó la ley federal".⁷¹ En términos generales, este subtest de contradicción material resulta *más favorable a los valores del federalismo* que el subtest de *field preemption*. Porque el subtest de *conflict preemption* asume con normalidad la concurrencia de una ley federal con otra estatal: no presume el vaciamiento o bloqueo de la autoridad legislativa estatal, y solo contiene una regla para los casos de incompatibilidad o conflicto real. Así se explica que la doctrina académica del nuevo federalismo venga proponiendo la preferencia del subtest de conflicto frente al de *field preemption*.⁷²

36. En última instancia, la *conflict preemption*, y su idoneidad especial para el desarrollo del federalismo, depende, en gran medida, de cuándo se considere que hay conflicto. Y esto devuelve todo el protagonismo, de nuevo, a los jueces. Son los jueces, en última instancia, quienes ante dos textos normativos disonantes (uno federal y otro estatal) optan entre afirmar la existencia de un conflicto (y la consiguiente *preemption* federal) o proponer interpretaciones armonizadoras que niegan la existencia del conflicto (y asegurar así la aplicación de la ley estatal). Tal y como se ha apuntado con carácter general en la doctrina, la identificación posible de un conflicto por la afección a los "propósitos y objetivos del Congreso" es una fórmula demasiado favorable a la *preemption* federal.⁷³ Aunque la aplicación judicial de la *conflict preemption* es muy diversa, se puede observar una cierta tendencia a identificar conflictos no solo patentes y actuales sino también implícitos o posibles. Así, un tribunal de instancia de Pennsylvania anuló –en virtud del subtest de *conflict*

70. Por ejemplo: *Michigan Canners & Freezers v. Agricultural Marketing and Bargaining Board*, 467 U.S. 462, 469 (1984).

71. Así, *De Canas* 424 U.S. 351, 363 (1976).

72. C. M. Rodríguez, "The significance...", p. 609; M. S. Grube, "Preemption of Local Regulations...", cit., p. 425.

73. C. B. Nelson, "Preemption", cit., p. 281.

preemption— una ordenanza municipal que sancionaba a los propietarios que alquilaran viviendas a inmigrantes ilegales.⁷⁴ El tribunal consideró que aquella ordenanza entraba en conflicto con las normas federales que permiten —en circunstancias cualificadas— que inmigrantes irregulares permanezcan en el país (por ejemplo, solicitantes de asilo, a la espera de resolución, o inmigrantes ilegales pendientes de una solicitud de regularización). Dado que, conforme a las leyes federales, en determinadas circunstancias es posible la permanencia de un inmigrante ilegal, la ordenanza impugnada contradecía el Derecho federal, pues impedía que determinados inmigrantes (ilegales) disfrutaran de un alojamiento que no les impedía la ley federal. En esta situación, el tribunal consideró que la ordenanza no superaba el subtest de *conflict preemption*.⁷⁵

37. El mayor riesgo federal e institucional de la *conflict preemption* está, desde luego, en una cierta tendencia judicial a interpretar de forma cerrada y excluyente los objetivos de las leyes federales de inmigración. Se considera por los tribunales, en ocasiones, que una ley federal —en lo que regula y en lo que deja de regular— siempre expresa una cierta ponderación de valores e intereses. En este sentido, la ley federal de inmigración expresaría un cierto equilibrio entre el objetivo político de represión de la inmigración ilegal y el necesario reconocimiento de la dignidad de las personas inmigrantes (legales e ilegales). Y bien, la ponderación o el equilibrio de la ley federal se quebraría si una ley estatal (o una ordenanza municipal) intensificara la represión o el control sobre los inmigrantes, más allá de lo directamente previsto en la ley federal. Una hipotética *optimización* estatal de los objetivos represivos federales (por ejemplo, dificultando el acceso de los inmigrantes ilegales a los servicios públicos; o dificultando su contratación laboral) habría roto el equilibrio de valores pretendido por la ley federal, y, por tanto, habría activado la *preemption*.⁷⁶ Como se ve, la clave de la *conflict preemption* está entonces en la identificación del objetivo de la ley federal: una comprensión hermética de la ley federal de inmigración (expresiva de un equilibrio complejo y cerrado de intereses y valores) lleva con facilidad a que las leyes estatales coli-

74. Lozano v. City of Hazleton, 496 F. Supp. 2d 477 (M.D.Pa. 2007).

75. Véase, en cambio, una aplicación muy contenida del test de *conflict preemption* en Gray v. City of Valley Park, Mo., 2008 WL 294294,27.

76. M. S. Grube, “Preemption of Local Regulations...” cit., p. 420.

sionen con la ley federal, y en consecuencia a la *preemption* de las leyes estatales.

38. A la vista de la facilidad judicial para identificar conflictos normativos en materia de inmigración (y, en consecuencia, para afirmar la supremacía de la ley federal), en la doctrina se ha propuesto que la *conflict preemption* no actúe en un plano abstracto (como simple comparación entre dos normas) sino que se preste atención a los resultados. Esto es, que se considere de forma preferente si la norma estatal (o local) de hecho impide que la ley federal alcance los objetivos pretendidos.⁷⁷ Con esta propuesta se pretende potenciar el ámbito de regulación propia de los estados, pues no les estaría vedada una regulación diferente o incluso optimizadora de la ley federal, siempre que no obstaculizara empíricamente los objetivos federales. En mi opinión, esta propuesta, por su remisión necesaria a comprobaciones empíricas complejas (a sí, de hecho, una norma estatal dificulta o hace más costosa la aplicación de una ley federal) resulta difícilmente aceptable y aplicable por los tribunales. Creo, en cambio, que la contención aplicativa de la *conflict preemption* no pasa tanto por poner énfasis en los resultados (en comprobar empíricamente si la ley estatal verdaderamente impide o dificulta los objetivos de la ley estatal) como en la identificación prudente de los *objetivos* de la ley federal. Pues una comprensión hermética, cerrada y excluyente de los objetivos federales, de hecho, elimina cualquier posibilidad de diferenciación o diversidad por medio de la ley estatal.

IV. Conclusión final

39. Cada sistema constitucional de distribución territorial del poder incluye un catálogo de instrumentos o técnicas que, en su concreta combinación, definen un equilibrio transitorio (estructuralmente inestable) entre un poder central y varios poderes territoriales. En el caso de los Estados Unidos de América, una de las piezas de su equilibrio federal es la llamada *preemption*, esto es, la previsión constitucional de supremacía absoluta del Derecho federal (Constitución y leyes federales) sobre el de los estados (artículo VI.2 de la Constitución). Pero esta técnica federal solo cobra sentido verdadero en el contexto general del federalismo norteamericano, de su

equilibrio concreto entre gobierno federal y estados. Por eso, hay que marcar distancias entre la *preemption* norteamericana y cualquier fórmula jurídica aparentemente similar en Derecho español (como la cláusula de prevalencia del artículo. 149.3 CE) o en Derecho europeo (como el efecto de prevalencia que el TJ reconoce a los actos jurídicos de la Unión Europea, en materias compartidas). Las piezas de cada sistema federal o descentralizado expresan un equilibrio complejo constitucional que impide toda comparación o traslación descontextualizada. Por eso, la *preemption* norteamericana no es ni la primacía europea ni la prevalencia española. Es, siempre, la *preemption* norteamericana.

40. Este planteamiento general se ha ejemplificado con la legislación sobre inmigración en los Estados Unidos. En los últimos años se asiste, en ese país, a la proliferación de leyes de los estados y las ordenanzas municipales que, de una u otra manera, intentan poner coto a la inmigración ilegal (por ejemplo, prohibiendo el alquiler de viviendas a inmigrantes ilegales, o castigando a los empresarios que contratan a inmigrantes irregulares). Así ha despertado el debate jurídico y político sobre el “federalismo de inmigración”. Se trata de saber hasta dónde pueden llegar los estados y las ciudades en una materia (la inmigración) que tradicionalmente viene siendo regulada por leyes federales. Esta cuestión enseguida se ha canalizado doctrinal y judicialmente como un asunto de *preemption*: hasta dónde llega la supremacía de las leyes federales de inmigración sobre las normas estatales y locales que se ocupan de las condiciones de vida de los inmigrantes. Pero para entender en qué términos concretos se produce esa supremacía es necesario prestar atención a las demás piezas del equilibrio federal norteamericano. Es necesario atender a la soberanía de los estados y su posibilidad originaria de legislar sobre cualquier materia no reservada al gobierno federal; al carácter formalmente tasado (aunque funcionalmente expansivo) del poder federal; a la existencia de una cultura política federal que viste de naturalidad el que muchos ámbitos de la vida colectiva (sobre todo, los no económicos) estén regulados íntegramente por los estados.

41. Es en este contexto federal preciso y complejo en el que toma sentido la supremacía de las leyes federales sobre las leyes (estatales) y ordenanzas (municipales) en materia de inmigración. Y el llamado “test de *preemption*”, aplicado por los tribunales para valorar y determinar hasta dónde pueden los estados (y sus ciudades) regular aspectos no nucleares de la inmigración. El resultado final es

que la materia de inmigración no está en sí cerrada a las normas de los estados y las ciudades, aunque el Congreso puede prohibir o desplazar (*preempt*) las leyes estatales y las ordenanzas municipales. El desplazamiento puede ser absoluto cuando así lo establece la ley federal de forma expresa (*field preemption*) y es más limitado cuando la ley no prohíbe o desplaza expresamente las regulaciones estatales, pues en ese caso los tribunales tienden a hacer compatible la ley federal con las leyes estatales. Este es el equilibrio concreto –y como tal no trasladable– del poder territorial norteamericano sobre inmigración.

RESUMEN

El estudio analiza el funcionamiento de la *preemption* en los Estados Unidos de América. Esto es, el “bloqueo” del poder legislativo de los Estados en virtud de una decisión constitucional o de las leyes federales. El estudio de esta técnica nomodinámica se ejemplifica con un tema de actualidad: la reciente legislación de inmigración de los estados norteamericanos (e incluso de sus ciudades) en una materia tradicionalmente regulada por la Federación. Del análisis descrito resulta que la *preemption* norteamericana no guarda relación relevante con la “prevalencia” del sistema constitucional español. La *preemption* norteamericana sólo toma pleno sentido en su concreto contexto: el federalismo de los Estados Unidos, donde la distribución de competencias, aunque existente, tiene un papel limitado en la articulación del poder territorial, donde los estados disponen de amplísima soberanía y donde el límite a esa soberanía estatal está, en realidad, en el poder federal (constitucional o legal) para impedir o desplazar el ejercicio de la potestad legislativa originaria de los estados.

Palabras clave: Estados Unidos de América; federalismo; prevalencia; inmigración.

RESUM

L'estudi analitza el funcionament de la *preemption* als Estats Units d'Amèrica. És a dir, el bloqueig del poder legislatiu dels estats en virtut d'una decisió constitucional o de les lleis federals. L'estudi d'aquesta tècnica nomodinàmica s'exemplifica amb un tema d'actualitat: la legislació recent d'immigració dels estats nord-americans (i fins i tot la de les seves ciutats) en una matèria tradicionalment regulada per la Federació. De l'anàlisi descrita resulta que la *preemption* nord-americana no té una relació rellevant amb la *prevalença* del sistema constitucional espanyol. La *preemption* nord-americana només adquireix un sentit ple en el seu context concret: el federalisme dels Estats Units, en el qual la distribució de competències, tot i que existeix, té un paper limitat en l'articulació del poder territorial, en què els estats disposen d'amplíssima sobirania i en què el límit a aquesta sobirania estatal està, en realitat, en el poder federal (constitucional o legal) per impedir o desplaçar l'exercici de la potestat legislativa originària dels estats.

Paraules clau: Estats Units d'Amèrica; federalisme; prevalença; immigració.

ABSTRACT

This study analyses the function of “preemption” in the USA. In other words, the “blocking” of the legislative power of the States by virtue of a constitutional or federal legal decision. The study of this nomodynamic technique is illustrated by a current topic: recent U.S. legislation on immigration in the US States (and even their cities) in a subject traditionally regulated by the Federation. From the analysis described it transpires that U.S. “preemption” has no significant relationship with the “prevalence” of the Spanish constitutional system. US “preemption” only takes on its full meaning in its specific context: federalism in the United States, where although it exists, the distribution of powers has a limited role in the articulation of territorial power, where the States have ample sovereignty and where the limit of the this state sovereignty actually lies in federal power (constitutional or legal) to prevent or displace the exercising of legislative authority originating in the states.

Key words: United States of America; preemption; federalism; prevalence; immigration.